

Men ought to know that from the brain, and from the brain only, arise our pleasure, joys, laughter and jests, as well as our sorrows, pains, griefs and tears. Through it, in particular, we think, see, hear, and distinguish the ugly from the beautiful, the bad from the good, the pleasant from the unpleasant . . . It is the same thing which makes us mad or delirious, inspires us with dread and fear, whether by night or by day, brings sleeplessness, inopportune mistakes, aimless anxieties, absent-mindedness, and acts that are contrary to habit. These things that we suffer all come from the brain . . .

*Hippocrates,
The Sacred Disease XVII
(vert. W.H.S. Jones, Loeb)*

I	Ter inleiding	p. 3
II	Bewusteloosheid, neurologisch beschouwd	p. 7
III	Het probleem van de bewusteloze	p. 9
IV	De psychisch gestoorde	p. 22
V	Het heel jonge kind	p. 25
VI	Vererving van een smartegeldvordering	p. 27
VII	De drie belangrijkste uitkomsten	p. 29

I Ter Inleiding

Soms staan in het recht ratio en gevoel op gespannen voet. Dat geldt zeker voor het leerstuk van de vergoeding van immateriële schade, kortweg: smartegeld. Vergoeding in geld van leed lijkt principieel onmogelijk. Het gaat om verschillende grootheden, smart en geld, die we niet tegen elkaar kunnen inruilen. Verdriet kan uit zijn aard slechts worden gecompenseerd door vreugde.

Dat is de ene kant, de kant van de ratio. Maar daar staat een andere kant tegenover. Mensen die het slachtoffer zijn geworden van het onrechtmatig handelen van anderen, kunnen het als onverteerbaar ervaren dat de dader kan volstaan met het vergoeden van louter de materiële schade: de medische kosten, de gederfde en nog te derven inkomsten, de zaakschade. Alsof diens onrechtmatige gedrag geen andere gevolgen kent dan puur financiële. Voor vele slachtoffers behoort de dader te *weten* wat hij, naast de materiële schade, heeft aangericht. Meer nog: hij moet dat *voelen*. En omdat binnen het civiele

* Schrijver werkt als universitair docent bij de Afdeling Burgerlijk Recht van de Rijksuniversiteit Leiden. Hij is dank verschuldigd aan allen die het manuscript kritisch hebben willen lezen.

recht nu eenmaal niet veel méér mogelijk is dan het toekennen van financiële vergoedingen, moet de ellende die het slachtoffer doormaakte en nog doormaakt wel in geld worden uitgedrukt, hoe gebrekkig ook en hoezeer dat principieel ook onmogelijk lijkt.

Boete, schuld en afschrikking

Het aldus door de dader te betalen smartegeld heeft sterk het karakter van boete en boetedoening. Ik ben er van overtuigd dat vooral voor slachtoffers die niet in het burgerlijk recht geschoold en nog onbevangen zijn, smartegeld in sterke mate die functie van boetedoening heeft. Maar, zo verzetten zich dan meteen de juristen, dat kán en dat mág niet. Ons schadevergoedingsrecht heeft geen boetedoeningsfunctie. Die functie wordt in ons rechtssysteem vervuld door het strafrecht.

Strafrecht en burgerlijk recht verschillen in allerlei opzichten. Zo hoeft dat wat civielrechtelijk gezien een onrechtmatige daad is, strafrechtelijk niet tevens een overtreding of misdrijf te zijn, en omgekeerd. Voor zover een onrechtmatige daad wél een strafbaar feit oplevert, treedt de overheid op. Niet omdat zij het slachtoffer ter wille wil zijn, maar omdat ze het handelen van de dader als een overtreding tegen de samenleving ziet. Zij beziet het gedrag van de dader principieel in het groot (en ziet daarbij het slachtoffer veelal over het hoofd).

Anders dan ons recht kent het Amerikaanse recht de zogenaamde 'punitive damages'. Ook in Amerika wordt onderscheid gemaakt tussen straf- en civielrecht. Maar, zo zegt Prosser, 'in one rather anomalous respect, however, the ideas underlying the criminal law have invaded the field of torts'.¹ Onder bepaalde omstandigheden, met name indien het handelen van de dader 'intentional and deliberate' is geweest, kan het slachtoffer aanspraak maken op 'punitive damages'. Dat wil zeggen dat bovenop de vergoeding van materiele en immateriële schade de dader aan het slachtoffer nog een extra bedrag schuldig is onder meer als *straf* voor zijn daden. Nog eens Prosser:

'Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for the injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching the defendant not to do it again, and of deterring others from following the defendant's example'.²

'The purpose of punishing the defendant'. Als gezegd, ons burgerlijk recht bezit niet zo'n uitdrukkelijk erkend relict, voortgekomen uit het strafrecht. Zó wij het als juristen (willen) kennen, dan toch hooguit als sporen uit de tijd dat civiel- en strafrecht nog samengingen.³ Overigens is het interessant te zien dat naar nieuw burgerlijk recht de rechter wordt opgedragen bij de bepaling van het smartegeld rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Hij dient daarbij ook de schuldvraag in zijn onderzoek te betrekken!⁴

1. Prosser and Keeton on The Law of Torts, 1984, p. 9.

2. A.w., t.a.p.

3. Overigens heeft het slachtoffer wel de mogelijkheid om onder bepaalde omstandigheden zich met een schadevergoedingsvordering te voegen in een strafgeding.

4. Parl. Gesch. Boek 6, p. 377. Zie uitvoerig R. Overeem, Smartegeld 1979, p. 26 e.v. en als reactie daarop uitvoeriger L.G. Eykman, WPNR 1981, p. 462 e.v. met een principieel pleidooi het genoegdoeningsprincipe ('zoenoffergedachte') toch op waarde te schatten. Deze 'verzoeningsfunctie' (soms als een aparte functie gezien) wordt ook geconstateerd door R.A. Salomons, VR 1978, p. 129, sprekend uit zijn ervaring als plv. lid Commissie Schadefonds geweldsmisdrijven:

Bovendien noemde Prosser, sprekend over punitive damages, nog 'the purpose of teaching the defendant not to do it again, and (the purpose) of deterring others from following the defendant's example'. Naast de schadevergoedingsfunctie die ons aansprakelijkheidsrecht heeft en de straffunctie die het niet heeft, is er een derde mogelijke functie van ons aansprakelijkheidsrecht: de *afschrikkingsfunctie* ('deterrence'). Laat de dader betalen voor de schade die hij aanricht; een volgende keer past hij wel beter op! Deze afschrikkingsfunctie lijkt niet altijd even populair.⁵ Mij lijkt het evenwel onwaarschijnlijk, dat de kans zelf op te moeten draaien voor de aangerichte schade géén preventieve werking zou hebben. Natuurlijk, van een kale kip kun je geen veren plukken, maar lang niet alle daders zijn volledig kale kippen. En ook al betaalt de verzekeraar van de dader uiteindelijk de schade, dan nog is de afschrikkingsfunctie (via verhoogde premies, of door 'uit de verzekering gegooid te worden') niet helemaal verdwenen. En let wel: soms zullen de daders niet verzekerd zijn, terwijl bovendien in geval van opzet of grove schuld veel verzekeraars niet zullen uitkeren. In die gevallen wordt de dader rechtstreeks in zijn portemonnaie getroffen.

Het verschaffen van vreugde

Maar ik dreig af te dwalen. Het ging erom dat wat logisch eigenlijk niet kan – vergoeding van leed door geld – toch dogmatisch nog enige grond te bieden. Een boetefunctie voldoet niet, mág althans niet. Bovendien is er nog het praktische probleem hoe het slachtoffer op deze grondslag smartegeld zou moeten krijgen als, bijvoorbeeld bij een verkeersongeval door de schuld van de dader, deze dader zélf komt te overlijden. Kan men dan nog spreken van een boete of van een zoenoffer?

Maar er is nog een tweede: de *compensatiefunctie*. Zij benadert de principes van het schadevergoedingsrecht sterker dan de boete. Van Agt als minister van Justitie, verwoordde haar aldus:

'Het ware zo veel beter indien in het verkeer tussen de mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen'.⁶

Zo kan iemand die gedurende lange tijd in het ziekenhuis heeft moeten liggen, in staat worden gesteld een weekje op vakantie te gaan. De amateur-pianist die in het vervolg

⁵ 'Het smartegeld is nuttig als een soort zoengeld, om het slachtoffer weer met de maatschappij te verzoenen . . .'. Aldus ook Th.H. Putto, VR 1974, p. 2 en L. Mok, Verz. Archief 1979: 'Het komt mij echter voor, dat wij ons niet nobeler of verhevener moeten voordoen dan wij zijn. Het geeft de meeste slachtoffers een zekere voldoening de tegenpartij "een stevige poot te hebben uitgedraaid", ook al is die tegenpartij niet de schuldige, maar diens verzekeringsmaatschappij. Die voldoening helpt het slachtoffer zich te verzoenen met zijn lot. Elke schaderegelaar weet dit . . .', p. 230/1.

⁵ Zie t.a.v. demonstranten bijv. A. Rutten-Roos, *NJB* 1986, p. 305 e.v. Daartegenover J.H. Nieuwenhuis, *RMTh* 1985, p. 245 e.v. en recentelijk G.J. Balkestein, *NJB* 1986, p. 925.

⁶ A.A.M. van Agt, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 385.

enige vingers moet missen, kan financieel geholpen worden een nieuwe hobby te beginnen. En wie verder als ernstig invalide door het leven moet, zal wellicht een aangepast zwembadje laten graven achter zijn huis om op die manier nog wat vreugde aan zijn bestaan toe te voegen.⁷

Deze compensatiefunctie⁸ wordt doorgaans als grondslag bij uitstek van vergoeding van immateriële schade gezien.⁹ Ongetwijfeld zijn daarmee nog niet alle problemen opgelost. Zo kan men twisten over de hoogte van de smartegeldbedragen. Men kan ook strijden over de vraag of, behalve het slachtoffer zelf, niet ook zijn naaste verwanten recht zouden moeten hebben op smartegeld. En men kan zich afvragen of ook het slachtoffer van een zogenaamde nervous-shock, opgelopen als gevolg van een onrechtmatige daad gepleegd jegens een ander, recht heeft op vergoeding van immateriële schade.

Het bewustheidsvereiste

In dit artikel zou ik iets willen zeggen over een punt waaraan in Nederland nauwelijks aandacht is besteed: moet het slachtoffer, om in aanmerking te kunnen komen voor vergoeding van immateriële schade, zich van zijn verslechterde toestand bewust zijn. Denk aan het slachtoffer dat onmiddellijk na een verkeersongeluk in coma raakt; of dat nog slechts het leven van een plant leidt. Hebben deze slachtoffers geen recht op vergoeding van immateriële schade, alleen omdat zij zich niet van hun treurige toestand bewust zijn?

Het gaat hier om méér dan om een juridisch-dogmatisch interessant probleem alleen. Dat bleek mij wel tijdens het congres 'Comapatiënten en recht' van de Coma Vereniging Nederland, herfst 1986. Het gaat om een heel principiële punt, dat de kern van het leerstuk der vergoeding van immateriële schade raakt. 'Diese Fragestellung', zo merkten twee Westduitse auteurs in een artikel op, 'birgt erheblich mehr juristischen und emotionalen Zündstoff, als es zunächst scheint, da sie an den Grundfesten der Auslegung des § 847 BGB rüttelt'.¹⁰

De vraag naar het bewustheidsvereiste speelt vooral in drie gevallen: bij slachtoffers die in coma raken en daaruit niet meer bijkomen, bij heel jonge kinderen die niet weten wat er met hen gebeurt en bij psychisch gestoorden bij wie datzelfde aan de hand is. Deze drie categorieën moeten naar ik meen uit elkaar gehouden worden, maar dat gebeurt in rechtspraak en literatuur maar zelden. Ten onrechte. Zo zal de lezer in hetgeen hierna aan rechtsvergelijking volgt een aantal slachtoffers tegenkomen die *niet* in coma verkeren, maar die wel een leven leiden dat slechts een flauw afschijnsel is van hun vroegere bestaan. Toch is er alle reden om deze twee categorieën uiteen te houden. Hoofdstuk drie

7. Vgl. Hof Amsterdam 8 juni 1973 en 1 febr. 1974, VR 1975, resp. 60 en 61.

8. Hofmann-Drion-Wiersma 1959, p. 146: het vermogen zelf is een bron van lustgevoelens.

9. Uitvoeriger R. Overeem, Smartegeld 1979 p. 26 e.v. Zie voor een interessante, rechtsvergelijkende, weergave van wat voor de oorlog als de grondslag van vergoeding van immateriële schade werd gezien: J.J.A.F. Greebe, Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad, diss. UvA 1935, p. 31 e.v. Zie recent voor het Westduitse recht: K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil München 1987, p. 474 e.v. Zie voor een interessante *enquête* onder 15% van de rechters in Beieren, o.a. over de functies van smartegeld en over het belang van de mate van schuld van de dader: H.J. Musielak, VersR. 1982, p. 613 e.v.

10. Ursula Remcke-Schmalzl en Max Schmalzl, Monatschrift des Deutsches Recht 1982, p. 621; § 847 BGB is de Westduitse smartegeldbepaling.

gaat over de echte comapatient, maar in datzelfde hoofdstuk komen ook niet comagevallen voor. Dat vindt zijn verklaring hierin dat de *juridische argumentatie* op grond waarvan een aantal buitenlandse rechters tot hun oordeel kwam rechtstreeks van toepassing is op de echte comapatient. De lezer zij dus op enige verwarring bedacht. Thans eerst de blijvend comateuze patient (III), dan de psychisch gestoorde (IV) en de kinderen (V). Maar eerst wil ik proberen enig inzicht te geven in de aard en de graden van bewusteloosheid. Waar hebben we het eigenlijk over als we spreken over bewusteloosheid?

II Bewusteloosheid, neurologisch beschouwd

Het begrip 'bewusteloosheid' wordt meestal beschreven met behulp van zijn tegendeel 'bewustzijn'.¹¹ Bewustzijn duidt op de psychische toestand van de mens weet te hebben van zichzelf en van de wereld om zich heen. Bewusteloosheid is het tegenovergestelde: de bewusteloze heeft geen weet van zichzelf en van de toestand om zich heen, ook niet als hij prikkels van buitenaf krijgt opgedrongen.¹² Onder meer hierin verschilt coma van slaap.

Het is soms moeilijk te bepalen of iemand bewusteloos is in de hiervoor beschreven zin. Zo kan een patient die lijdt aan polyneuritis (een aandoening van de zenuwen) volle dig stom (in de zin van niet kunnen spreken) en volledig verlamd zijn, terwijl hij toch weet heeft van zichzelf of van zijn omgeving. Hij is daarentegen niet in staat om van dat weet-hebben, dat bewustzijn blijkt te geven. Hij lijkt bewusteloos.

Er zijn verschillende graden van bewusteloosheid. De ernstigste graad is de *hersendood*.¹³ Bij de hersendode zijn alle functies blijvend uitgeschakeld. Ademhaling en bloedcirculatie werken niet langer, evenmin is er nog eigen beheersing over de lichaamstemperatuur. De patient kan nog slechts door de medische techniek gedurende korte tijd (meestal niet langer dan enkele dagen) in leven worden gehouden.¹⁴ Soms gebeurt dat om toestemming te verkrijgen om nog intacte organen van de patient naar een andere patient te transplanteren.

De patient in *coma* bevindt zich in een minder acute situatie. Coma ontstaat door een stoornis in de hersenen, bijv. door een gestoorde bloedvoorziening naar de hersenen, door een vergiftiging die inwerkt op de hersenen of door een aandoening van het hersenweefsel zelf. De comapatient lijkt te slapen en toont geen (Plum en Posner) 'psychologi-

11 Ik gebruikte vooral neurologische literatuur. Uiteraard is er ook een psychologisch pendant. Zie daarover bijv. de *Codex Psychologicus*, 1981, hoofdstukken 5 (A. H. C. van der Heijden) en 14 (H. F. de Wit).

12 Aldus bijv. F. Plum en J. B. Posner, *The Diagnosis of Stupor and Coma*, Philadelphia 1981, p. 1 e v. Duidelijk is ook E. Niedermeijer/F. Lopes da Silva, *Electroencephalography, Basic Principles, Clinical Applications and related Fields*, Baltimore Munich 1982, p. 326 e v. Zeer beknopt M. Mumenthaler, *Neurology*, Thieme 1983, p. 163 e v.

13 De hersendode is in de gezondheidsrechtelijke literatuur geen onbekende vanwege de vraag wanneer iemand als dood moet/mag worden aangemerkt. Zie bijv. het genoemde boek van Plum en Posner 1981, p. 314 en 322 e v.

14 Plum en Posner, a.w. 1981, p. 9 en vooral p. 313.

cally understandable response to external stimulus or inner need' ¹⁵ Soms komt het voor dat de comapatient wat mompelt

Van de comapatient wordt weer onderscheiden de patient die slechts een *vegetatief leven* leidt ('a vegetative state') Bijna altijd gaan comapatienten die niet binnen enkele uren of dagen weer wakker worden over in een 'vegetative state' Ook dan vertoont de patient geen enkel teken van begrip, maar het lijkt alsof de patient enigszins uit zijn coma is teruggekeerd Zo opent hij de ogen als reactie op externe geluidsprikkel Verder kent de patient een slapen/waken-cyclus¹⁶, vandaar ook wel de term 'coma vigile' ¹⁷ Bloeddruk, ademhaling en een aantal andere functies zijn uit zichzelf normaal Soms vertonen deze patienten nog resten van communicatief of werktuiglijk gedrag, doch zijn volledig afhankelijk van verzorging Sommigen hebben klaarblijkelijk nog iets van positieve of negatieve emoties Maar emoties zijn niet goed te meten en zijn altijd voor een deel de projectie van emoties van de waarnemer Discussies over de waardering van de emoties van deze patienten blijken in de praktijk dan ook altijd vruchteloos te zijn

Maar, zoals gezegd, voor het overige verschilt de vegetatief levende patient niet van de comapatient Meestal verkeert de patient, komend uit de comatoestand, slechts korte tijd in die vegetatieve staat Het is dan een tussenfase tussen coma en de een of andere graad van bewustzijn Maar soms treedt er geen verbetering op en leeft de patient gelijk een plant vele jaren door, waarna hij overlijdt zonder nog bij kennis te zijn gekomen Als juristen in verband met mogelijke schadevergoedingsvorderingen spreken over comapatienten, dan hebben ze het dus strikt genomen over patienten in 'a vegetative state'

Dan zijn er nog vormen van bewustzijnsaantasting die leiden tot *verminderd bewust zijn* De patient is dan vaker of minder vaak wakker en reageert op prikkels van buitenaf Hij heeft vaak grote moeite de aandacht er bij te houden, reageert soms verward en heeft last zich in tijd en ruimte te oriënteren ¹⁸ Deze patient wordt in dit artikel niet als bewusteloos beschouwd *Als ik in dit artikel spreek van de 'bewusteloze' of van de 'comapatient', dan bedoel ik daarmee die patient, die geen weet heeft van zichzelf en van zijn omgeving, de werkelijk bewusteloze*

Maar, zo kan men zich afvragen, hoe weet ik of iemand geen weet heeft? Hoe weet ik of een patient zich inderdaad niets bewust is, en niet slechts niet in staat is om te reageren Het antwoord op die vraag is dat kunt u nooit zeker weten

Evenmin valt er iets met zekerheid te zeggen over de *prognose* van een comapatient of van een vegetatief levende patient Er wordt veel onderzoek gedaan, zeker naar die gevallen van coma die voortvloeien uit hersenletsel door een hoofdverwonding Dat is verklaarbaar omdat het hier – meer dan bij de andere oorzaken van coma – vaak gaat om jonge mensen

Om tot een prognose te kunnen komen moet men met verschillende factoren rekenen De leeftijd van de patient is van groot belang Zo hebben jonge slachtoffers (de literatuur spreekt van patienten beneden de 20 jaar) veel betere kansen dan oudere slachtoffers Verder is de duur van de comateuze toestand van belang hoe langer de patient al in coma ligt, des te slechter zijn de vooruitzichten ¹⁹ Spreekt men over smartegeld, dan zijn er on-

15 A w 1981, p 5 In de praktijk kiest men veelal voor een pragmatische benadering coma is een globale stoornis van de hersenfunctie die ernstig genoeg is om verbale communicatie onmogelijk te maken

16 Plum en Posner, a w 1981, p 6 e v

17 Bijv Mumenthaler, a w 1983, p 163

18 Plum en Posner, a w 1981, p 4 e v

19 Zie uitvoeriger Plum en Posner, a w 1981, p 325 e v

getwijfeld al vele weken of maanden verstreken, en is de patiënt meestal al overgegaan in een staat van *vegetatief leven*. Hun prognose is somber. Plum en Posner wijzen op onderzoek waaruit blijkt dat 'long-term survival in the vegetative condition is uncommon and effects only 1 to 2 percent of all patients in coma from either head injury or severe medical illness'.²⁰ Maar dan nog kan het om een betrekkelijk groot aantal patiënten gaan. Met hen hebben we in hoofdstuk III te maken.

III Het probleem van de bewusteloze

Hoeve rijdt op 23 juli 1965 met de auto van zijn vader de minderjarige Tel aan. Tel raakt meteen bewusteloos en zonder nog bij kennis te komen overlijdt hij 7½ maand later. Inmiddels hebben zijn ouders namens hun zoon al een gerechtelijke procedure aangespannen tegen de dader. Zij vorderen f 50 000 aan schadevergoeding voor het leed dat hun zoon heeft doorgemaakt en voor de door hem gederfde levensvreugde. Zelf hebben de ouders – het zij ten overvloede gezegd – geen recht op smartegeld.²¹

De Rechtbank Den Haag heeft geen blijk van aarzeling over de vordering:

'de vordering . . . tot vergoeding van immateriële schade . . . (is) in genen dele voor toewijzing vatbaar'. Want, zo betoogt de Rechtbank, 'dat . . . onder zodanige schadevergoeding is te verstaan het met geld goed maken van aan een ander aangedaan leed en dat – nu de oorspr. eiser vanaf het lit. ongeval tot aan zijn overlijden bewusteloos is geweest – er tijdens zijn leven na het ongeval geen met geld goed te maken leed of derving van levensvreugde is geweest'.²²

In de Nederlandse juridische literatuur is de vraag naar het bewustheidsvereiste nooit veel meer dan een terzijde geweest. Knol in zijn recente studiepocket is er kort over: geen smartegeld.

'Smartegeld, als compensatie voor het derven van levensvreugde, wordt dan ook soms alleen op zijn plaats geacht indien de gewonde zich van het leed bewust is. Die bewustheid is betwist bij jonge kinderen, mensen in coma en slachtoffers wier hersenfunctie (al dan niet door het ongeval) anderszins is aangetast. In deze gevallen lijkt vergoeding mij wenselijk voor zover het geld aan de gewonde ten goede kan komen'.²³

Vooruitlopend op mijn eigen opvatting wil ik hier alvast constateren dat de oplossing van het probleem van bewusteloosheid en smartegeld in deze, door Knol gewezen, richting moet worden gezocht.

Duidelijk is hij over het geval Tel; hierboven weergegeven: 'Bij mensen die tussen het ongeval en hun overlijden buiten bewustzijn zijn lijkt vergoeding mij niet op zijn plaats'. Tot die opvatting kwam in 1967 ook Emmering.^{23a}

20. A. w. 1981, p. 338.

21. Zie HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717 (Van der Heijden/Holland).

22. Rb. Den Haag, 31 jan. 1968, *NJ* 1968, 421.

23. P.C. Knol, Vergoeding van letselschade, 1986, p. 71.

23a. Ed. Emmering, *NJB* 1967, p. 1182. 'Het slachtoffer, dat geen bewustzijn meer heeft, behoort niet schadeloos gesteld te worden, omdat hij met geld geen enkele compensatie kan ver-

De strijd tussen ratio en gevoel waarover ik sprak is sterk aanwezig bij een aantal andere Nederlandse auteurs. Zo merkt Overeem in zijn boek op dat er 'heel wat voor te zeggen' valt de vordering maar af te wijzen. Zou immers wél smartegeld worden toegewezen, dan vloeit dat geld in feite rechtstreeks aan de erfgenamen toe. Desondanks kiest Overeem toch voor toewijzing van de smartegeldvordering, zij het 'na aarzeling'.²⁴ 'Geen probleem' kende in 1968 Van der Veen. De vordering van de bewusteloze behoort niet te worden toegewezen als hij overlijdt zonder bij bewustzijn te zijn gekomen. Omdat, zo voegt hij daar wat raadselachtig aan toe, 'ook de rechter en zelfs (!) de raadsman wel over enig gezond verstand beschikt'.²⁵ Wellicht heeft Van der Veen niet meer willen zeggen dan dat de rechter, naar redelijkheid oordelend en rekening houdend met de toestand van het slachtoffer, wel tot een redelijk compromis zal komen tussen 'alles of niets'.

Zo vonden we onder de schrijvers drie mogelijke uitkomsten: de bewusteloze die niet meer bij kennis komt krijgt niets, krijgt 'alles', krijgt 'een beetje'.

Het probleem van het bewusteloze slachtoffer raakt als gezegd de grondslagen van de vergoeding van immateriële schade. Als we aannemen dat de bewusteloze zich zijn situatie niet bewust is, dan lijken beide grondslagen – boete en compensatie – zelfs geheel weg te vallen. De privaatrechtelijke boete-functie omdat, hoezeer zij ook omstreden is, het slachtoffer zich niet zal realiseren dat de dader boete doet. En datzelfde geldt voor een mogelijke compensatie.²⁶ In zoverre verschilt het bewusteloze slachtoffer in niets van een overleden slachtoffer. En in dat laatste geval bepleit niemand vergoeding van immateriële schade bij wijze van straf of als compensatie jegens de overledene.

Goedkoper dood?

Dat brengt nogal wat mensen tot de curieuze stelling dat het dus goedkoper is iemand te doden dan hem te verwonden, of in dit geval: dat het maar beter is dat het slachtoffer in coma is en blijft dan dat hij bij kennis is. Wie dat zegt uit puur financiële overwegingen, heeft gelijk. Wie dat zegt om aan te geven dat Het Recht te kort schiet heeft ongelijk. De uitspraak goedkoper te doden dan te verwonden, staat immers juridisch gezien op dezelfde lijn met uitspraken als: het is goedkoper een oude gepensioneerde man te doden of te verwonden, dan een jonge veelbelovende handelsreiziger en vader van drie kleine kinderen; of: men kan beter tegen een roestig Eendje oprijden, dan tegen een glanzende limousine. Immers, we behoren deze uitspraken steeds te zien als *schadevergoedingsvraagstukken*. Wie vindt dat Het Recht hier te kort schiet zit fout. In dit schadevergoedings-akkoord is iedere uit het *strafrecht* meeklinkende boventoon per definitie vals. En zo kan een kleine onzorgvuldigheid het meest ernstige letsel veroorzaken, in welk geval een hoog bedrag aan schadevergoeding moet worden betaald. Terwijl aan opzet grenzend onrechtmatig gedrag tot een zo geringe schade kan leiden, dat nauwelijks enige schadevergoeding behoeft te worden betaald. Het geeft nog eens aan dat strafrecht en civielrecht principieel uit elkaar moeten worden gehouden. Zo overwoog de Engelse rechter Lord Reid:

krijgen. Dit geldt dus voor imbecielen en blijvend ernstig geestelijk gestoorden.' Wat deze tweede categorie slachtoffers betreft, zie hierna hfdst. IV.

24. R. Overeem, *Smartegeld*, 1979, p. 30.

25. Th.L. van der Veen, VR 1970, p. 120/1 en in *NJB* 1968, p. 326.

26. Aldus terecht L.G. Eykman, in een reactie op het boek van Overeem, WPNR 1981, p. 464.

‘Damages are awarded not to punish the wrong-doer but to compensate the person injured, and a dead man can not be compensated. Loss to his estate can be made good, and we can give some compensation to those whom he leaves behind. Perhaps we should do more for them — but not by inflating the claim of the dead man’s executor, for then the money may go to under serving distant relatives or residuary legatees or even to the Treasury if he dies intestate and without heirs. And it is already the case that it may benefit the defendant to injure the plaintiff more severely. If he is injured so severely that he can only live a year or two at most the damages will be much less than if he is less severely injured so that he may survive for many years’.²⁷

Het principe van boetedoening levert — zoal — dus zeker geen stevige grondslag voor smartegeld aan een bewusteloze. Maar ook met het principe van compensatie, dat toch algemeen als dé grondslag voor smartegeld wordt beschouwd, komen we in de problemen. Het probleem is dat de bewusteloze zich de pijn niet bewust is en dus ook geen pijn lijdt²⁸; terwijl hij zich bovendien niet bewust is van de levensvreugde die hij derft, zodat hij ook uit dien hoofde geen smart kent. Bovendien, zelfs al zou men objectiverend een bepaald bedrag aan smartegeld toekennen, wat zou het slachtoffer daarmee aan moeten. Of, nu het om een bewusteloze gaat, hoe zouden diens rechtsvertegenwoordigers dat geld te zijnen behoeve kunnen aanwenden? Hoe kan hem vreugde worden verschaft?

De miljonair en de asceet

Hiermee kom ik op gevaarlijk terrein, want men neemt algemeen aan dat de rechter niet heeft te treden in de vraag wat een bepaald slachtoffer in concreto met de hem toegekende schadevergoeding zal doen. Zo wordt in de buitenlandse literatuur vaak het voorbeeld van de verwonde multimiljonair gegeven. Bij het vaststellen van de hoogte van het smartegeldbedrag mag de rechter geen rol laten spelen het feit dat de miljonair van dat bedrag nauwelijks ‘rijker’ wordt. Zo overwoog ooit Lord Morris of Borth-Y-Gest:

‘If . . . some reasonable sum is awarded to a plaintiff as compensation for pain endured or for the loss of past or future earnings or for ruined years of life or lost years of life, the use to which a plaintiff puts such sum is a matter for the plaintiff alone. A rich man, merely because he is rich and is not in need, is not to be denied proper compensation; nor is a thrifty man merely because he may keep and not spend’.²⁹

Datzelfde geldt mutatis mutandis voor een ascetisch levend slachtoffer.

Leidt dit ertoe dat ook in het geval van een bewusteloos slachtoffer ‘the use to which a plaintiff puts such sum is a matter for the plaintiff alone’? We stuiten op twee obstakels. In de eerste plaats: hééft de benadeelde wel pijn en leed doorgemaakt. En hééft hij wel

27. Lord Reid in *H. West & Son Ltd. and Another v. Shephard* (1964) AC 326; (1963) 2 WLR 1359; (1963) 2 All ER 625, p. 629 (ik citeer steeds uit de laatste bron).

28. Zo moet althans worden verondersteld: Zie C.E. Izarel, *Human Emotions*, New York 1977, p. 168, aangehaald door Overeem, a.w.

29. Lord Morris of Borth-Y-Gest in *West v. Shephard* (zie hiervóór noot 27), p. 633/4. Idem bijv. *Diplock L.J.* in *Wise v. Kaye and Another*, de vroegst bekende zaak waarin de vraag die in dit artikel centraal staat aan de orde kwam, (1962) 2 WLR 96; (1962) 1 All ER 257; (1962) 1 QB 638, p. 671. Zie nog *Winfield and Jolowicz on Tort*, London 1984, p. 624/5.

smart als gevolg van de gederfde en in de toekomst nog te derven levensvreugde? Het antwoord luidt in beide gevallen ontkennend.

En in de tweede plaats: zelfs al zou men wél smart willen aannemen, bijvoorbeeld door de subjectieve omstandigheden van dit bewusteloze slachtoffer te elimineren, dan nóg kan die geobjectiveerde smart niet worden gecompenseerd door het aandragen van vreugde. Al het smartegeld dat men de bewusteloze toekent, vloeit op den duur buiten hem om naar de erfgenamen.³⁰ En die erfgenamen hebben nu juist géén recht op smartegeld. De bewusteloze onderscheidt zich dus hierin van de miljonair en de asceet, dat in het geval van de bewusteloze per definitie geen smart kan worden gecompenseerd.

Een verstrengeling van belangen

Daar komt nog iets bij. In de bemaamde Engelse zaak *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* eiste de wettelijke vertegenwoordiger van Lim Poh Choo, een 36-jarige vrouwelijke psychiater, onder meer smartegeld ten behoeve van het slachtoffer. Tijdens een eenvoudige operatie ging er bij de anaesthesie iets mis waardoor Lim's hersenen gedurende 25 minuten geen zuurstof kregen. Twee weken lang lag ze in coma; daaruit werd ze weliswaar wakker maar praten kon ze nauwelijks meer. Wat ze zei was zonder betekenis of bedoeling: 'Her mind was gone'. Verder was ze in alles volledig afhankelijk van de verzorging van anderen. Lord Denning M.R. merkt in zijn oordeel op dat, nu de medici tot steeds meer in staat zijn, de artsen en de naasten van het slachtoffer voor de vreselijke beslissing staan of in een geval als dit de patiënt hoe dan ook in leven moet worden gehouden. En daaraan voegt hij toe een juridisch-ethische variant op het ezeltje-strek-je:

'Such a decision should not be influenced in the least by a law which whispers in the ear: "If she is kept alive, there will be large sums of compensation payable-for the benefit of the relatives; whereas, if she dies there will be nothing"'.³¹

Denning lijkt te zinspelen op het geval dat de artsen voor de keuze staan – wellicht tegen beter weten in – verder te behandelen ook al is de toestand van de patiënt volledig uitzichtloos; dan wel die behandeling te staken om de patiënt te laten overlijden. Blijft daarentegen de comapatiënt uit zichzelf leven, dan komen de artsen in Nederland vooralsnog niet voor die keuze te staan, omdat in beginsel (dat wil zeggen zonder uitdrukkelijke toestemming van de patiënt) euthanasie verboden is. In de zaak-Lim lijkt geen van beide gevallen zich voor te doen.

De bewusteloze: een voorlopige conclusie

De *voorlopige* conclusie is dat de vordering tot smartegeld ingesteld ten behoeve van een bewusteloze moet worden afgewezen. Het bewusteloze slachtoffer heeft geen besef van zijn toestand; hij *lijdt* niet. De grondslag of grondslagen van zo'n vordering kunnen de toekenning van schadevergoeding in zo'n geval niet schragen. Maar wellicht biedt de rechtsvergelijking nog nieuwe gezichten?

30. En dat is in beginsel niet de bedoeling, zie hierna.

31. Lord Denning in *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority*, (1978) 3 WLR 895; (1979) 1 All ER 332, CA (p. 341).

In een aantal andere landen is over de vordering van de bewusteloze al langer nagedacht. In 1975 besliste het Westduitse Bundesgerichtshof in de volgende zaak ³² Door een dronken automobilist werden een moeder en haar 14 maanden oude dochtertje op de stoep aangereden. De moeder kwam daarbij om het leven, het meisje werd zo zwaar verwond dat zij volgens de medische verklaringen nog slechts 'ein körperliches Überbleibsel einer menschlichen Person' was voor de rest van haar leven zou zij een vegetatief leven leiden.

Gevorderd wordt een bedrag van 100 000 DM. Het Bundesgerichtshof overweegt dat compensatie ('Ausgleich') van de smart in dit geval niet mogelijk is. Om desondanks de vordering niet te hoeven afwijzen baseert het college haar op de boetedoeningsfunctie ('Sühnefunktion') van smartegeld. 'Das bedeutet dass die Zahlung den Schädiger als fühlbares Opfer treffen soll', ook al kan deze boete 'keine irgendwie geartete Empfindung der Genugtuung hervorrufen'. Daarbij speelde een rol het 'ausgesprochen verantwortungsloses Verhalten' van de dader. Aldus kiest het voor een 'symbolhafte' boetedoening door de dader, ten einde te voorkomen dat deze ernstige inbreuk op het leven van anderen 'nicht ohne eine wenigstens zeichenhafte Wiedergutmachung bleibe'. Overeem, die deze uitspraak noemt, vindt haar 'niet onjuist' ook al omdat op deze manier langs een omweg de toegekende schadevergoeding bij de familieleden van het slachtoffer terecht komt. Hij wijst er bovendien op dat ook 'enig gewicht kan worden toegekend aan het argument dat bewusteloosheid — afgezien van de dood — de meest vergaande beïnvloeding van het leven is' ³³ Terzijde (want ik wil mijn eigen opvatting pas verderop in dit artikel geven), ik heb moeite met deze laatste opvatting. Hiervoor wees ik er al op dat zeer lichte onzorgvuldigheden kunnen leiden tot zeer ernstig letsel, en andersom ³⁴ Toch plegen we in Nederland nauwelijks te kijken naar de mate van onzorgvuldigheid, maar slechts naar de ontstane schade. Staat eenmaal de aansprakelijkheid vast, dan volgt daaruit dat de ontstane schade naar redelijkheid moet worden vastgesteld. In de woorden van Overeem resoneren nog sterk de tonen die slechts horen te klinken in het strafrecht. Dat komt duidelijk hierin naar voren, dat in het geval van een *dood* slachtoffer het civiele recht op het punt van het smartegeld niet thuis geeft.

Ook in de Westduitse literatuur is de uitspraak van het Bundesgerichtshof bestreden, door Lemcke-Schmalzl en Schmalzl. Zij wijzen erop dat het BGH in het geval van het zwaargewonde meisje de zaak toch onvoldoende 'unvoreingenommen und nüchtern' heeft beoordeeld,

'weil zu sehr das menschliche Gefühl mitschwingt. Drängt man es zurück, so tauchen starke Zweifel auf, ob die Gedankengänge des BGH dem zivilrechtlichen Charakter des Schmerzensgeldes gerecht werden. In solchen Fällen — mögen sie noch so tragisch sein — dem Verletzten ein Schmerzensgeld zuzusprechen, kommt zunächst einer Bestrafung des Schädigers gleich, was an sich Sache des Strafrichters wäre.

³² Bundesgerichtshof 16 dec 1975, NJW 1976 p 1147, MDR 1976, p 752, VersR 1976, p 660. De precieze graad van bewusteloosheid wordt uit de uitspraak niet helemaal duidelijk. Wel wordt vastgesteld dat 'Ausgleich' 'funktionslos' is.

³³ R. Overeem, Smartegeld 1979, p 113.

³⁴ Zie daarover Lord Devlin in *West v Shephard* (zie hiervoor noot 27), p 641.

Ze komen dan ook tot de slotsom dat:

‘So wenig gefühlsfreundlich es zu klingen scheint: In Fällen des körperlichen wie des geistigen Aufhörens, Mensch zu sein, . . . nach zivilrechtlichen Grundsätzen für ein Schmerzensgeld kein Raum (ist)’.³⁵

Toch wordt op basis van de uitspraak van het Bundesgerichtshof door de lagere rechters steeds smartegeld toegekend.³⁶

Engeland: The damage has been suffered

Voor zover mij bekend is de discussie in Engeland nog het meest principieel gevoerd. In Engeland kan een slachtoffer smartegeld worden toegekend vooral voor twee posten: ‘pain and suffering’ is de eerste. *Pain* wordt in dit verband wel omschreven als

‘the immediately felt effect on the nerves and brain of some lesion or injury to a part of the body’.³⁷

Ter onderscheiding daarvan noemt men *suffering*

‘fright at the time of the injury and fright reaction, fear of future incapacity, either as to health, sanity or the ability to make a living, and humiliation, sadness and embarrassment caused by disfigurement’.³⁸

Overigens worden beide, ‘pain’ en ‘suffering’ bijna steeds in een adem genoemd.

Beide zijn in feite tot één term geworden. Naast ‘pain and suffering’ wordt als tweede schadepost *loss of amenities* genoemd, zoiets als ons ‘gederfde levensvreugde’ (in het Engels soms ook wel ‘loss of enjoyment of life’ genoemd):

‘This head of damage concentrates on the curtailment of the plaintiff’s enjoyment of life not by the positive unpleasantness of pain and suffering but, in a more negative way, by his inability to pursue the activities he pursued beforehand’.³⁹

Het slachtoffer kan niet uit zeilen gaan, of uit wandelen, geen sex meer, of geen museum-bezoek.⁴⁰

35. Lemcke-Schmalzl en Schmalzl, MDR 1982, p. 621.

36. Lemcke-Schmalzl en Schmalzl, MDR 1985, p. 359 e.v.; zie uitdrukkelijk LG München II, 28 mei 1980, VersR. 1981, 69; LG Saarbrücken, 12 febr. 1980, Zeitschrift für Schadensrecht 1980, 330. In 1973 al verwierp Niemeyer het recht op smartegeld door een bewusteloze: ‘Anders wäre es, wenn nach den Sinn der gesetzlichen Regelung auch eine echte Ausgleich gegenüber den Angehörigen oder für den Erben in Betracht gezogen werden könnte.’ NJW 1973, p. 1221. *Principieel* anders: Hupfer, NJW 1976, p. 1793.

37. McGregor on Damages, London 1980, no. 1213.

38. McGregor on Damages, t.a.p.

39. McGregor on Damages, no. 1218 e.v. en (bijv.) Winfield and Jolowicz on Tort, London 1984, p. 625 e.v. Ik zie hier af van de smartegeldpost ‘loss of expectations’; zie over die door-gaans betrekkelijk kleine post de door mij aangehaalde literatuur.

40. Zie de jurisprudentie genoemd in McGregor of Damages, no. 1219.

Strikt beschouwd is het de vraag of pain and suffering enerzijds en the loss of amenities anderzijds wel zo goed uit elkaar kunnen worden gehouden. Het onderscheid dateert in feite pas van enige tientallen jaren geleden. Het is zeer wel mogelijk om the loss of amenities bij pain and suffering onder te brengen. In de rechterlijke praktijk blijken beide elkaar ook niet zelden te overlappen.⁴¹ Maar hoe dan ook: het onderscheid wordt thans algemeen gemaakt.

Deze inleiding was noodzakelijk voor het antwoord op de vraag die mij in dit artikel bezighoudt. Want in een viertal rechterlijke uitspraken oordeelde de rechter dat het bewusteloze slachtoffer recht heeft op smartegeld, niet voor pain and suffering, die het bewusteloze slachtoffer zich niet bewust was geweest; maar wel vanwege the loss of amenities waarbij die bewustheid geen rol zou behoren te spelen. Het is de moeite waard die uitspraken wat nader te bekijken, want bijna alle uitspraken geven blijk van een principiële onenigheid tussen de rechters onderling.

De eerste zaak, *Wise v. Kaye*, werd beslist in 1962 door het Court of Appeal.⁴² De 20-jarige Veronica Wise raakte door de fout van een ander betrokken bij een verkeersongeval. Ze raakte onmiddellijk in coma, en vaststond dat ze niet meer zou herstellen of zich haar situatie bewust zou worden. De tweede zaak, kort daarop, was die van *West v. Shephard*, beslist door het House of Lords.⁴³ Ook hier was het slachtoffer een vrouw, een 41-jarige moeder van drie kinderen, aangereden terwijl ze de straat overstak. Ze raakte ernstig gewond:

‘As a result of her injuries she became permanently bedridden and in need of continuous nursing attention in hospital; she was unable to speak, but could appreciate the difference between articles of food that she liked or disliked, showing her likes and dislikes by facial expressions; she could show some sign of recognition of relatives and of members of the nursing staff, and she could respond to commands by moving her right hand. Her expectation of life was seven years from the accident’.⁴⁴

In beide zaken was de uitkomst dat het slachtoffer recht had op smartegeld. Niet als vergoeding van de doorstane pain and suffering, maar vanwege de loss of amenities. Zonder dat daar nu een erg doorwrochte argumentatie achter stak overwoog Lord Justice Upjohn in *Wise v. Kaye*:

‘for my part I am unable to see why the plaintiff while living is prevented from so claiming merely because she is wholly ignorant of the grave loss she has suffered and her chances of recovery are negligible. The injury to her has been done; the damage has been suffered. Her ignorance of either is immaterial . . . It is difficult to see why, in general, damages for such injury should be affected by ignorance unless the ignorance prevents the head of damage arising as in the case of pain and suffering’.⁴⁵

41. *McGregor on Damages*, no. 1219, verwijst naar *Povey v. Governors of Rydal School* (1970) 1 All ER 841.

42. *Wise v. Kaye* (zie hiervóór noot 29).

43. *West v. Shephard* (zie hiervóór noot 27).

44. A.w. p. 625. Zij raakte dus niet echt in coma en leidde in feite een leven dat toch iets meer was dan een louter vegetatief bestaan. Merkwaardig genoeg kwam dit onderscheid in de procedure nauwelijks aan de orde (zie hiervóór). Zie ook hierna hoofdstuk IV.

45. Lord Upjohn in *Wise v. Kaye* a.w. p. 660.

Daartegenover stond als 'dissenting opinion' de opvatting van Lord Justice Diplock:

'This unfortunate young woman during the 3½ years that she has existed since the accident has, as the judge said, lost everything in life except mere existence. But if she has lost all joys and pleasures she is also spared all pains and sorrows'.⁴⁶

Datzelfde beeld zien we in *West v. Shephard*. Ook hier wordt een onderscheid gemaakt tussen pain and suffering enerzijds en loss of amenities anderzijds. Lord Morris of Borth-Y-Gest:

'An unconscious person will be spared pain and suffering and will not experience the mental anguish which may result from knowledge of what has in life been lost or from knowledge that life has been shortened. The fact of unconsciousness is therefore relevant in respect of, and will eliminate, those heads or elements of damage which can only exist by being felt or thought or experienced. The fact of unconsciousness does not, however, eliminate the actuality of the deprivations of the ordinary experiences and amenities of life which may be the inevitable result of some physical injury'.⁴⁷

Ook hier waren er rechters die er anders over dachten. Zo Lord Pearce:

'Substantial damages are not awarded . . . for physical injury simpliciter, but only for the pain and suffering and general loss of happiness which it occasions. Therefore the deprivation of a limb can only command any substantial compensation in so far as it results in suffering or loss of happiness; and where there is little or no consciousness of deprivation there can be little or no damages'.⁴⁸

Overigens moet men zich blijven realiseren dat beide gevallen in zoverre verschilden dat in het eerste het slachtoffer in coma lag, en in het tweede ze weliswaar geen besef van haar toestand had, maar toch nog enigszins reageerde op prikkels van buitenaf. Nogal wonderlijk is het dat deze gevallen door bijna alle rechters (voor- en tegenstanders van schadevergoedingen) over één kam worden geschoren. Ten onrechte naar ik meen; zie hierna.

In beide gevallen kregen de slachtoffers het volledige bedrag aan smartegeld waarop ze, gezien de loss of amenities, recht hadden (£ 15 000 resp. £ 17 000), dus ongeacht of ze zich hun toestand wel of niet bewust waren. Wel werd soms acht geslagen op de 'levensverwachting'.⁴⁹

En ook nadien in een tweetal recente zaken, *Lim Poh Choo v. Camden Health*

46. Lord Diplock in *Wise v. Kaye*, a.w. p. 673.

47. Lord Morris of Borth-Y-Gest in *West v. Shephard*, a.w. p. 633.

48. Lord Pearce, a.w. p. 642/3.

49. In dat geval ging het om een 17-jarige jongen die door de fout van een ander al zo'n 1½ jaar bewusteloos lag. Zijn 'levens'-verwachting was evenwel korter dan in de zaak *Wise v. Kaye* het geval was: slechts 3 jaar. En daarom kreeg hij ook een lager bedrag aan smartegeld, £ 6000 tegen £ 15 000 voor *Veronica Wise*. Enerzijds wordt dus geobjectiveerd – het doet er niet toe of het slachtoffer zich zijn leed al dan niet bewust is –, anderzijds wordt weer gesubjectieerd als het gaat om de 'levens'-verwachting van het slachtoffer; *Swift v. Prout*, 108 S.J. 317.

Authority⁵⁰ en in *Croke v. Wiseman*⁵¹, werden ‘hoge’ bedragen toegekend (£ 20 000 resp. £ 35 000). Maar dat wil niet zeggen dat er niet steeds bij ten minste een aantal rechters twijfel bestond over de juistheid van de beslissing. Thans lijkt de situatie zo, dat de Engelse rechters niet wensen terug te keren op het ingeslagen pad.⁵² Zo er reden is voor een verandering in het beleid ten aanzien van bewusteloze slachtoffers dan vindt men dat toch veeleer een zaak van de wetgever. In dat verband is het van belang dat de befaamde Pearson-Commission heeft geadviseerd geen smartegeld meer toe te kennen aan bewusteloze slachtoffers.⁵³ De commissie erkent weliswaar dat ‘the “majority” approach reflects a natural human feeling’, maar beveelt toch aan het blijvend bewusteloze slachtoffer geen aanspraak op smartegeld te geven. Ook een aantal auteurs bepleit zo’n koersverandering.⁵⁴

Canada, Australië, België en Frankrijk

Het Supreme Court of Canada heeft in 1966 al de weg gekozen die de Engelse rechters vlak voordien hadden geweest.⁵⁵

Zeer interessant is daarentegen de uitspraak inzake *Skelton v. Collins* door het High Court of Australia uit diezelfde tijd.⁵⁶ Ook hier weer een verkeersongeval waardoor een 17-jarige in blijvende coma geraakte, zonder enig vooruitzicht op beter. In een uitvoerige discussie met hun Engelse collega’s kiezen de Australische rechters in meerderheid voor de ‘dissenting opinions’ uit *Wise en West*:

‘where all the faculties are destroyed the loss is of all opportunities of happiness but, being to some indefinable extent off-set by the gain consisting of release from all liability to unhappiness, should be allowed for by a very moderate sum’.⁵⁷

50. *Lim Poh Choo v. Camden* (zie hiervóór noot 31). In totaal werd daar een bedrag van bijna £ 250 000 aan materiële en immateriële schadevergoeding uitgekeerd.

51. *Croke v. Wiseman* (1982) 1 WLR 71.

52. Aldus uitdrukkelijk het House of Lords in *Lim Poh Choo*, (1979) 2 All ER 910, (1980) p. 189 (Lord Scarman): ‘If the law is to be changed by the reversal of *H. West & Son Ltd. v. Shephard*, it should be done not judicially but legislatively within the context of a comprehensive enactment dealing with all aspects of damages for personal injury’. De uitspraak is ook te vinden in B.A. Hepple en M.H. Matthews, *Tort: Cases and Materials*, London 1980, p. 415.

53. Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. Cmd. 7054. Vol. I par. 393 e.v. De lezer die is geïnteresseerd in een overzicht van de voorstellen van de commissie verwijs ik naar het artikel van C.J. Bourn in *Accident Compensation after Pearson*, ed. Allen, Bourn, Holyoak, London 1979, p. 11 e.v.

54. *McGregor on Damages*, London 1980, no. 1221; *Charlesworth and Percy on Negligence*, London 1983, p. 276 e.v. en *Winfield and Jolowicz on Tort*, London 1984, p. 625 e.v. Voorzichtig: P.S. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law*, London 1980, p. 217 e.v.; in de nieuwste druk (1987), bewerkt door P. Cane, is de desbetreffende passage sterk ingekort, p. 188.

55. *The Queen in the Right of the Province of Ontario v. Jennings* (1966) 57 D.L.R. (2d) 644. In de *Verenigde Staten van Amerika* is nooit een dergelijke zaak gepubliceerd. Dat leid ik ten minste af uit *Cases and Materials on Torts*, 1984 Boston-Toronto door R.A. Epstein, C.O. Gregory en H. Kalven Jr. waarin weliswaar de problematiek wordt aangeduid, maar slechts wordt verwezen naar *Wise v. Kaye*, op p. 749.

56. *Skelton v. Collins*, (1966) 115 C.L.R. 94.

57. *Skelton v. Collins*, p. 101/2.

Ook in *België* is men, zoals in Australië, terughoudend. Er zijn enkele uitspraken geweest waarin telkens de vordering ten behoeve van de comateuze patiënt werd afgewezen.⁵⁸ Overigens wordt in dit land, net zoals in Frankrijk, de pijn van de naastbestaanden in zoverre wat verzacht dat zij zelf in geval van overlijden van het slachtoffer recht hebben op ideële ('morele') schadevergoeding. Maar de bewustloze kan, aldus de meeste rechters, geen recht op morele schadevergoeding doen gelden. Zo oordeelde het Hof te Gent in 1972:

'de beslissing of voor een ondergane smart een geldelijke compensatie zal gevorderd worden (moet) uitgaan van hemzelf die de smart heeft ondergaan. Iemands leed kan bezwaarlijk gecompenseerd worden met een aan een ander uitbetaalde som.'⁵⁹

Sommige Belgische auteurs denken daar wat anders over. Zo stelt Viaene zich de vraag waarom naar het gevoel van de juristen enkel de ideële schade afwezig blijkt te zijn wanneer de getroffene niet bewust is, terwijl — aldus Viaene — niemand er aan denkt ook aan de onbewuste schadevergoeding te ontzeggen.⁶⁰ Hij zegt: 'de comateuze kan evenmin vermogensschade *lijden*, als hij pijn en smart kan lijden.' Hij is daarom voorstander van een 'gemengde oplossing', maar waar deze oplossing in het concrete geval op uitdraait wordt evenwel niet duidelijk.

Knol heeft zich terecht verzet tegen het over één kam scheren van vermogens- en ideële schade.⁶¹ Hij wijst er op dat bij vermogensschade weliswaar geen bewustheid is vereist, maar dat er dan ook een duidelijk verschil bestaat met ideële schade. Aantasting van het vermogen van de gewonde (door inkomstenderving of kosten) tast ook de vermogenspositie van de erfgenamen aan, omdat het te erven vermogen kleiner is. *Het leed van de gewonde* tast hun positie, aldus Knol, echter niet aan.

In het verlengde hiervan ligt de regeling in artikel 6.1.9.11 lid 2, die maakt dat het recht op vergoeding van ideële schade slechts in beperkte mate vatbaar is voor overgang en beslag.⁶²

Als gezegd de Belgische rechter heeft bijna steeds de vorderingen ten behoeve van blijvend bewustelozen afgewezen. Wel maakt men verschil tussen de échte comateuze patiënt en andere niet bewusten zoals psychisch gestoorden en heel jonge kinderen (zie hierover hierna).

In Frankrijk is de vraag naar besef als vereiste voor immateriële schadevergoeding voor zover ik kon nagaan, maar één keer uitdrukkelijk in de rechtspraak aan de orde geweest.⁶³ Het ging om de 42-jarige Jean-Francois Mouriec, slachtoffer van andermans verkeersfout. Zijn lichaam was een wrak geworden; wat er met hem was gebeurd en wie hij was, realiseerde hij zich niet meer. Net zoals in een aantal Engelse uitspraken wordt ook hier geen onderscheid gemaakt tussen de échte bewusteloze (de comapatiënt) en de

58. Bijv. Corr. Brussel 14 dec. 1976, De Verz. 1976, 831; Corr. Luik 27 juni 1977, De Verz. 1977, 407. Zie verder Tijdschrift voor Privaatrecht 1984, p. 691 en J.-L. Fagnart, Journal des Tribunaux 1970, p. 45. Overeem, Smartegeld 1979, bespreekt alleen de jurisprudentie waarin het slachtoffer psychisch gestoord resp. een heel jong kind was.

59. Hof van Beroep te Gent 25 jan. 1972, Rechtskundig Weekblad 1971-1972, p. 1599.

60. J. Viaene, Schade aan de mens, deel 3, Antwerpen-Amsterdam 1976, p. 388; vgl. nog de Westduitse auteur Hupfer, NJW 1976, p. 1793.

61. P.C. Knol, Vergoeding van letselschade, 1986, p. 71.

62. Zie uitvoeriger Asser-Rutten-Hartkamp I* (1984) no. 468 en hierna hfdst. VI.

63. Cass. crim. 3 avril 1978, J.C.P. (1979) II. 19168.

psychisch ernstig gestoorde Beide typen slachtoffers werden – naar ik meen ten onrechte, zie hierna – over een kam geschoren want de uitspraak luidt heel algemeen In de beide feitelijke instanties kreeg Mouriec 60 000 franc toegewezen Tot dat oordeel kwam ook het Cour de Cassation de vergoeding van gederfde levensvreugde is niet afhankelijk van het besef van leed bij het slachtoffer Letterlijk oordeelde het college

‘Attendu que Mouriec qui ne se rend pas compte de son etat et ne se souvient pas de sa vie anterieure, ne serait pas conscient d’eprouver un tel prejudice, la decision ataquee enonce que l’indemnisation d’un dommage n’est pas fonction de la representation qu s’en fait la victime, mais de sa constatation par les juges et de son evaluation objective dans la limite de la demande dont ils sont saisis’

In een tweetal annotaties onder het arrest wordt de uitspraak betreurd Het is onmogelijk om gederfde levensvreugde te vergoeden ‘dans les situations ou il est demontre que la victime ne peut avoir conscience de subir un tel prejudice en raison de son etat psychique’, meent Larroumet ⁶⁴

Ook een tweede, Brousseau, is niet gelukkig met de uitkomst ⁶⁵ Zonder een onderscheid te maken tussen enerzijds werkelijk bewustelozen en slachtoffers zoals Mouriec, schrijft hij ‘Nous savons que la victime est en etat de demence complete et qu’elle n’est même pas en mesure de s’adonner aux joies de la lecture Que repareront ces 60 000 F ?’ Even afgezien van de vraag of schadevergoeding in het geval van Mouriec inderdaad zinloos is in de letterlijke zin van het woord, stelt Brousseau een op zichzelf goede vraag (zie hierna p 21) Maar hij gaat er niet op door Verwijzend naar de al maar stijgende kosten waartoe het Franse schadevergoedingssysteem leidt, schrijft hij dat in het arrest in feite ‘bewusteloosheid’ wordt vergoed en niet ‘gederfde levensvreugde’ ‘C’est donc ici l’inverse du prejudice d’agrement, c’est-a-dire un prejudice d’inconscience Nouveau nom, nouveau prejudice, nouvelle indemnisation, nouvelle augmentation des primes d’assurances’ Een wonderlijke redenering, waarin kennelijk schade en schadevergoeding worden verward

Eigen mening

‘de meest schrikwekkende van alle rampen, de dood, raakt ons niet, want wanneer wij er zijn, is de dood er niet en als de dood er is, zijn wij er niet’ schreef Epicurus aan Menoeceus ⁶⁶

Wie gestorven is lijdt niet, voor zover wij dat kunnen weten De nabestaanden kunnen de overledene beklagen, maar de dode ervaart dat niet meer zo

Nu is het de vraag of datzelfde geldt voor hen die bewusteloos zijn, in coma verkeren Ervan uitgaande dat geen prikkels meer doordringen tot de hersenen⁶⁷, is er dan nog verschil met de dode? Zeker, hij leeft en voor het recht is hij niet dood Hij staat als burger

⁶⁴ C Larroumet, Recueil Dalloz Sirey (1979) IR, p 64 e v

⁶⁵ S Brousseau, J C P (1979) II p 26, 27

⁶⁶ In de vertaling van Leopold, Uit de tuin van Epicurus, natuurlijk doet het citaat uit zijn context geruikt, geen recht aan Epicurus’ gedachten

⁶⁷ Zie daarover de medische literatuur hiervoor

ingeschreven bij de burgerlijke stand, hij kan erfenissen ontvangen en hij kan recht op materiële schadevergoeding doen gelden. Hij leeft dus, maar materieel verschilt hij niet of nauwelijks van een dode mens. Men spreekt wel van een vegetatief leven. Hij is de macht over zijn zintuigen blijvend kwijt. Sommigen spreken als spiegelbeeld van 'schijndood' wel van 'schijnleven'. Bovendien is hij zich zijn situatie niet *bewust*. Maar we moeten hier oppassen want ook niet-vegetatief levende mensen zoals zeer jonge kinderen of psychisch ernstig gestoorden zijn zich hun situatie niet bewust.

De Engelse rechters plegen te onderscheiden tussen pain and suffering aan de ene kant en loss of amenities aan de andere kant.⁶⁸

De lichamelijke pijn wordt niet geleden als de pijnprikkel niet via de zenuwen wordt doorgegeven aan en ontvangen door de hersenen. Zonder werking van de hersenen geen pijn. Zou men derhalve, zoals de Engelsen doen, het 'pijngedeelte' afscheiden van het 'overige' leed dat wordt geleden als gevolg van een bepaalde onrechtmatige daad, dan kan men ook terecht zeggen dat dát gedeelte in het kader van dat smartegeld *niet* voor vergoeding in aanmerking komt.

Blijft over het partje 'suffering' en het belangrijkste loss of amenities. Hoe moeilijk het ook is deze twee lós van elkaar te zien, we zullen het toch proberen. Als we suffering aanmerken als angst over de mogelijkheden van herstel, ergernis en woede vanwege het gebeurde, dan spreken we steeds over psychische gesteldheden, in mentale categorieën. En ook hiervoor geldt dat het leed 'in de hersenen ontstaat en wordt geleden'. Daarom is er net als bij de pijn ook hier bij deze concrete bewusteloze patiënt geen smart. En dus bestaat er geen recht op vergoeding.

En de loss of amenities, de gederfde en nog te derven levensvreugde? Hoe moet deze smart worden gekwalificeerd? 'Waar' wordt zij geleden? Lord Devlin schreef in de zaak *West v. Shephard*:

'It can be said that from beginning to end it is really all mental suffering. Loss of enjoyment is experienced in the mind and nowhere else. It may start with acute distress at the inability to use a limb in games or exercise, or before or just in getting about, and may end with a nagging sense of frustration. If this is the true view, then total unconsciousness as in *Wise v. Kaye* relieves all mental suffering, and nothing can be recovered for a deprivation which is not being experienced'.⁶⁹

Alle lijden is uiteindelijk geestelijk lijden, zo zou men kunnen zeggen.

Daartegenover zou men van opvatting kunnen zijn dat geen principieel verschil behoort te bestaan tussen materiële schadevergoeding en 'immateriële schadevergoeding'. Verliest iemand door de fout van een ander zijn been, dan wordt om de materiële schade vast te stellen uitgerekend wat dat verlies voor consequenties heeft: inkomensschade, medische kosten, aanpassingskosten van de woning enz. *Ongeacht* de vraag of het slachtoffer zich dit verlies bewust is. Of, om het wat ongebruikelijk te zeggen, in dat geval loopt de vraag naar de omvang van de schadevergoedingsverplichting niet via de hersenen. Waarom zou dat bij immateriële schade anders zijn? Aldus gaat deze opvatting er van uit dat er geen principieel verschil behoort te bestaan tussen vergoeding van materiële schade en vergoeding van immateriële schade voor het doorstane en nog te

68. Zie hiervoor.

69. Lord Devlin in *West v. Shephard*, p. 336/7.

doorstane leed. De immateriële schade wordt als het ware geobjectiveerd, losgemaakt van de omstandigheden van dit concrete slachtoffer.⁷⁰

De Engelse rechters hebben – vaak bij krappe meerderheid – steeds gekozen voor ‘the objective way’ net zoals de Franse en de Canadese rechter. De Duitse rechter volgt een tussenweg, een compromis tussen in het geheel niets en alles. De Nederlandse rechter (één uitspraak!), de Belgische en de Australische wijzen de vordering af.

Ik zou voor geen van deze drie oplossingen kiezen. Bewust of niet bewust? – dat is de verkeerde vraag. Vooreerst kan zij aanleiding geven tot de heel lastig te beantwoorden kwestie, of men wel zeker weet dat het slachtoffer, zoals het hier ligt, zich werkelijk zijn situatie niet bewust is. Daarover valt niets *met zekerheid* te zeggen (zie hiervóór). Maar bovendien geraakt men met deze vraag in moeilijkheden als men ziet naar die slachtoffers die psychisch zo ernstig gestoord zijn, dat zij zich hun situatie in het geheel niet (meer) bewust zijn. Zij zullen misschien pijn hebben geleden en op grond daarvan een wellicht beperkte aanspraak geldend kunnen maken, maar men kan niet zeggen dat zij subjectief *levensvreugde* derven. Dat laatste zijn zij zich niet bewust en in die zin lijden zij niet. Anderzijds zijn ze vaak zeer goed in staat om op een bepaald niveau om te gaan met hun omgeving. Wie nu vindt dat de werkelijk *bewusteloze* geen aanspraak op smartegeld kan laten gelden, omdat hij niet lijdt, moet – wil hij consequent zijn – tot datzelfde oordeel komen bij de psychisch ernstig gestoorde die immers evenmin lijdt. Toch is er niemand die deze laatste zijn smartegeld zou durven ontfangen; zie daarover hoofdstuk IV.

De vraag: bewust of niet? is verkeerd. Om tot een rationeel en gevoelsmatig bevredigender oplossing te komen, zouden juristen zich een andere vraag moeten stellen. Daartoe keer ik nog eens terug naar de parlementaire geschiedenis van de nieuwe smartegeldbepaling, naar hetgeen Van Agt zei:

de materiële schadeloosstelling ‘is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen’.⁷¹

Met andere woorden: is het slachtoffer zich bewust van de pogingen die worden gedaan om hem op de een of andere wijze vreugde te verschaffen? In dat laatste zit naar mijn oordeel de crux: het bewusteloze slachtoffer is niet ontvankelijk voor de vreugde die hem met behulp van het smartegeld wordt verschaft. Met smartegeld kan niets meer worden gedaan waaraan het slachtoffer vreugde kan beleven. En daarmee ontvalt de grondslag aan de toekenning van smartegeld.^{71a} Smartegeld is naar mijn mening *uiteindelijk* géén vergoeding voor een verloren been, voor littekens in het gezicht of voor het verlies van reuk of goede smaak – zoals men zaakschade pleegt te vergoeden. Dat kan ook niet, want wat is (het verdriet om) een verloren been waard? Smartegeld moet naar mijn oordeel worden beschouwd in relatie tot zijn doel: het verschaffen van vreugde. Dus geen

70. Zie Charlesworth and Percy on Negligence, London 1983, p. 278/9, en het boek van A.I. Ogus, The Law of Damages, London 1973, p. 194 e.v., die een onderscheid in drieën maakt.

71. A.A.M. van Agt, Parl. Gesch. Bboek 6, p. 385.

71a. Anders L.A.M. Speet in zijn doctoraalscriptie: ‘De eis van bewustheid bij vorderingen wegens niet-vermogensschade’, sept. 1987 (Leiden), die de comapatiënt wél een recht op smartegeld toekent.

compensatie-*op-zichzelf*, maar compensatie-*teneinde*. Als dat doel niet kan worden behaald, behoort ook geen smartegeld te worden toegekend. Dáárom behoort de schadevergoedingsvordering van de bewusteloze *afgewezen*, en van de psychisch gestoorde *toegewezen* te worden.

Dat lijkt ook precies de grond te zijn waarop de Engelse Pearson-committee tot een afwijzing van de vordering kwam. Zij zegt:

‘We think the approach should be to award non-pecuniary damages only where they can serve some useful purpose, for example, by providing the plaintiff with an alternative source of satisfaction to replace one that he has lost. Non-pecuniary damages cannot do this for a permanently unconscious plaintiff. As Justice argued in their evidence to us, “When we compensate someone for non-economic loss, we are essentially seeking to relieve his suffering, and suffering is by its nature an experience subjective to the victim”.’⁷²

We lijken in het burgerlijk recht nog wel eens te vergeten dat een juridisch oordeel niet op zichzelf staat, maar ook moet kunnen worden uitgelegd aan de betrokkenen, in dit geval aan de naasten van een comapatiënt. De rechter is meer dan een orakel. Als hij zijn afwijzend vonnis motiveert met: ‘mevrouw, meneer, het spijt me maar uw kind heeft geen recht op smartegeld want het lijdt niet’, dan kan hij rekenen op ongeloof en onbegrip. Daarentegen zal een motivering: ‘met een toegewezen bedrag aan smartegeld zult u nimmer iets kunnen beginnen ten behoeve van uw kind’ de ouders zeker iets meer kunnen overtuigen.

Ratio en gevoel zijn zo op de best mogelijke wijze verenigd. Hoewel de Duitse filosoof Ernst Marcus eens heeft gezegd: ‘Herz und Verstand sind Nachbarn, Sie grüssen sich, machen sich Konvenienzbesuch, aber Freunde werden sie nie’.

IV De psychisch gestoorde

In zekere zin is het oordeel over smartegeld bij bewusteloze slachtoffers nog tamelijk eenvoudig. Vooreerst zijn zij zich hun smart niet bewust, maar bovendien kunnen zij zich een compensatie – in welke vorm dan ook – niet bewust zijn.

Veel moeilijker en wellicht ook nog emotioneler ligt de zaak bij die slachtoffers die door het onrechtmatig handelen van een ander op zo’n laag psychisch en emotioneel niveau moeten verder leven, dat zij zich hun smart niet bewust zijn ofschoon communicatie met hun omgeving heel goed mogelijk is.⁷³ We moeten hier waarschijnlijk wel steeds differentiëren tussen – kortweg – de pijn die het slachtoffer ongeacht zijn psychische staat voelt, en de gederfde en nog te derven levensvreugde. Daarvan heeft het slachtoffer immers géén weet. Betekent dit, dat de psychisch gestoorde dus geen recht op smartegeld heeft? Daar wil geen rechter aan, de buitenlandse niet en de Nederlandse evenmin.

Maar, heeft het slachtoffer wel besef van zijn verslechterde situatie? Beseft hij de omvang van de door hem gederfde en nog te derven levensvreugde? Naar mijn vaste overtuiging zijn dit niet de vragen waarom het uiteindelijk gaat (zie hoofdstuk III, slot). We moeten ook bij het psychisch gestoorde slachtoffer de aandacht verleggen naar de vraag

72. Report of the Pearson-committee (zie hiervóór noot 31) par. 397.

73. Men kan ook denken aan de situatie dat jegens een psychisch gestoorde onrechtmatig wordt gehandeld: een idioot verliest door de fout van een ander zijn been.

of, uitgaande van zijn gederfde levensvreugde⁷⁴, met het toe te wijzen smartegeld iets kan worden gedaan waarmee het slachtoffer ter compensatie vreugde kan worden verschaft. De werkelijk bewusteloze en de hier besproken psychisch gestoorde verschillen dus niet van elkaar in die zin dat de één zijn lijden niet en de ander zijn lijden wel bewust is; wél verschillen zij fundamenteel hierin dat de eerste op geen enkele manier compensatie kan worden geboden, terwijl dat bij de tweede wel het geval is.

Het volgende geval werd voorgelegd aan het Gerecht in eerste aanleg Curaçao: een arts schrijft voor een baby een recept uit. De inhoud van het recept is voor tweeërlei uitleg vatbaar. De apotheker geeft een véél te sterke zetpil af. Als gevolg daarvan loopt de baby zeer ernstig hersenletsel op. Het kind zal haar spieren nooit meer kunnen gebruiken. Wel reageert het op prikkels. Het Curaçaose Gerecht houdt de arts aansprakelijk, ook voor de immateriële schade die de baby lijdt:

Henriette zal 'nooit in staat . . . zijn in haar eigen levensonderhoud te voorzien, noch de normale vreugden van het leven te genieten, hoewel zij zich dat niet ten volle bewust zal zijn. Hierdoor is geïndiceerd dat er een zodanig fonds ter beschikking komt dat Henriette zich daaruit binnen het raam van haar zeer beperkte mogelijkheden onbelemmerd door geldelijke tekorten kan staande houden en ontplooien. Door het ter beschikking komen van een dergelijk fonds is . . . de onstoffelijke schade van Henriette eveneens op de best bereikbare wijze goed gedaan . . .'.⁷⁵

In mijn visie een volstrekt juist gemotiveerd vonnis. Het Gerecht acht het niet doorslaggevend of de baby zich nu of later ten volle bewust zal zijn van zijn verslechterde situatie (en dus van de grondslag voor compensatie), doorslaggevend is de mogelijkheid het kind alsnog vreugde te verschaffen ter compensatie van haar leed.

Een ander geval is dat van de 11-jarige Jeroen Pielage. Hij raakt op 5 december 1966 zwaar gewond bij een verkeersongeluk veroorzaakt door schuld van een ander. Jeroen lijdt zwaar hersenletsel en ligt gedurende 10 maanden in coma. Nadat hij daaruit weer bijkomt blijkt bij voor de rest van zijn leven geheel invalide te zijn: het spraakvermogen is niet teruggekeerd; de jongen kan slechts met behulp van letterborden zijn gedachten uiten; vrijwel alle gewrichten van de extremiteiten staan in contractuurstand; de beperkte bewegingen zijn spastisch; over de benen heeft het slachtoffer geen macht; hij kan zichzelf niet oprichten en zakt in zittende houding scheef weg; hij is volkomen incontinent; de romp vertoont ernstige scoliose (zijwaartse ruggegraats-verkromming), de werkelkolom is misvormd en de ogen staan scheel.

Namens Jeroen, als zijn wettelijk vertegenwoordigers, vorderen de ouders f 100 000 aan smartegeld. Van dat geld willen ze een jeep kopen om Jeroen gedurende de weekenden over het strand naar een stil gedeelte te vervoeren om hem in zee te laten baden. Bovendien overwegen de ouders de aanleg van een zwembad in de tuin.

De wederpartij weigert smartegeld te betalen: Jeroen zou zich nu en de toekomst zijn toestand niet bewust zijn, zodat hij geen ernstig leed ondervindt noch zal ondervinden.⁷⁶

74. Een zekere objectivering is hier noodzakelijk. Als we het slachtoffer smartegeld willen toekennen dan moeten we er wel van uitgaan dat er leed is.

75. Gerecht in eerste aanleg Curaçao 15 jan. 1973, *NJ* 1973, 314.

76. Hof Amsterdam 8 juni 1973 en 1 febr. 1974, *VR* 1975, resp. p. 60 en 61. Van Jeroen was door de artsen vastgesteld 'dat Jeroen in staat moet worden geacht de tragiek van zijn situatie waar te

Laat ons — pour besoin de la cause — aannemen dat Jeroen zich zijn dramatisch verslechterde situatie niet bewust is, zoals zijn wederpartij stelde. Heeft hij recht op smartegeld, of moet die vordering worden afgewezen gelijk de vordering van het bewusteloze slachtoffer hoort te worden afgewezen? Zij kunnen in elk geval niet zonder meer over een kam geschoren worden, want het lichamelijk en psychisch zo gekwetste slachtoffer communiceert tenminste nog met zijn omgeving. Ook al gebeurt dat wellicht op een laag geestelijk en emotioneel niveau. Jeroen is zich weliswaar niet bewust van het verschil van vóór en na 5 december 1966, maar hij brengt wel lust- en onlustgevoelens tot uitdrukking. Met het smartegeld kan hem vreugde worden aangedragen: hij kan door zijn ouders naar het strand worden meegenomen en hij kan met behulp van zijn ouders wat rondzwemmen. Een rechtvaardige beslissing zou dus moeten zijn dat Jeroen recht heeft op een bepaald bedrag aan smartegeld. Het hof wees een op zichzelf niet gering bedrag van f 70 000 aan smartegeld toe

‘alle omstandigheden tegen elkaar afwegend en mede rekening houdend met de mogelijkheid dat Jeroen geen volledig besef heeft van de toestand waarin hij zich bevindt . . .’

Deze beslissing *lijkt* in overeenstemming met het rechtvaardigheidsgevoel, maar is zij ook dogmatisch voldoende gezekerd? Want het hof is niet helemaal duidelijk: het erkent enerzijds dat het toe te kennen smartegeld kan worden besteed ten behoeve van Jeroen, maar anderzijds houdt het toch uitdrukkelijk rekening met de omstandigheid dat Jeroen geen volledig besef heeft van de toestand waarin hij zich bevindt. Kennelijk vindt het hof dat het ontbreken van een volledig besef moet leiden tot een *verlaging* van het smartegeld.

Mijn centrale stelling in dit artikel is evenwel dat bepalend hoort te zijn of het slachtoffer zich de *compensatie* bewust is, niet in die zin dat hij beseft *waarom* hem een bepaald geldbedrag wordt toegekend (want dat kan hij niet), maar wel dat hij in staat is vreugde te ontfangen aan hetgeen hem met behulp van dat geld wordt aangedragen. Iets abstracter geformuleerd: de bewustheidseis bij vergoeding van immateriële schade hoort betrekking te hebben op de ontvankelijkheid van het slachtoffer voor de vreugde die hem via het smartegeld kan worden aangedragen. Dat betekent dat de omstandigheid dat Jeroen geen volledig besef heeft van zijn treurige toestand, naar mijn oordeel juist een argument kan zijn om hem een *hoger* bedrag toe te kennen dan waarop een bewust slachtoffer in dezelfde omstandigheden recht had gehad. Want wellicht kost het verschaffen van vreugde aan Jeroen méér geld dan het verschaffen van vreugde aan precies zo’n zelfde slachtoffer dat alleen hierin van Jeroen verschilt, dat hij wél volledig besef heeft van zijn toestand. Omgekeerd zijn er in een concreet geval wellicht ook argumenten om een besefloos slachtoffer juist *minder* smartegeld toe te kennen, maar dat moet dan wel worden gemotiveerd. Ik ben het daarom oneens met het hof, dat kennelijk vond dat het verminderde besef van Jeroen *automatisch* tot minder smartegeld moet leiden.⁷⁷

nemen.’ Eenzelfde afwijzend standpunt zou Emmering innemen, *NJB* 1967, p. 1182; zie in andere zin de reactie van Van der Veen, *NJB* 1968, p. 326.

77. Juister lijkt mij de uitspraak van het Hof Amsterdam 5 juni 1970, summierlijk te kennen uit Van der Veen, VR 1976, no. 422 (p. 193) waar zo’n ‘automatisme’ wordt verworpen. Knol spreekt in neutrale zin: de mate van bewustheid kan bij de bepaling van de hoogte van het smartegeld in aanmerking worden genomen, a.w. (zie hiervóór noot 23) p. 71. De *Westduitse rechter* zát ook hier op het BGH-spoor, uitgezet voor gevallen van echte bewusteloosheid. Zie voor een

Een bijkomend voordeel van mijn oplossing is, dat partijen zich niet behoeven te begeven in een onsmakelijke twist over de vraag *in hoeverre* het slachtoffer zich zijn toestand en zijn toekomst nu precies (on)bewust is.^{77a}

Ten slotte, in het verlengde hiervan, nog een recent geuite opvatting van Van der Grinten.

Enige jaren geleden werd een kleine jongen op een smalle polderdijk aangereden door een automobilist. De jongen heette Ebele Dillema.⁷⁸ Door een dwarslaesie kan Ebele nog slechts zijn hoofd bewegen en voor het ademen is hij aangewezen op een spoliomaat. Ebele werd een bedrag van f 25 000 aan smartegeld toegekend. Onlangs nu merkte Van der Grinten op:

‘Is toekenning van smartegeld in een zaak als deze dan niet vrij zinloos? (...) Welke bestemming zou aan smartegeld moeten worden gegeven?’ En nadat Van der Grinten heeft opgemerkt dat het bedrag f 25 000 zeker niet hoog is, schrijft hij ‘doch welk profijt zou Ebele hebben van een betaling van een hoger bedrag. Ebele heeft zijn leed te dragen en dit leed is niet te vergoeden; op geld waardeerbare schade lijdt Ebele niet’.⁷⁹

De opvatting van Van der Grinten komt mij onaanvaardbaar voor.⁸⁰ Waarom kreeg Ebele dan überhaupt f 25 000 smartegeld als hij geen ‘op geld waardeerbare schade lijdt’? Nog afgezien van het feit dat het ons niet aangaat op welke manier Ebele zijn smartegeld wil (laten) besteden⁸¹, kan ik mij een groot aantal bestedingen voorstellen die hem vreugde kunnen brengen. In de sfeer van de huisvesting, door ver weg wonende familieleden regelmatig te laten overkomen, door muziek, enzovoort. Een zuiver geval van een slachtoffer dat nog bij bewustzijn is, maar dat niet ontvankelijk is voor welke opvrolijking dan ook, lijkt mij een casus non dabilis.

V Het heel jonge kind

Ook van heel jonge kinderen wordt wel beweerd dat zij zich hun leed niet bewust zijn en daarom geen recht hebben op schadevergoeding:

→
geval als dat van Jeroen: OLG Bamberg van 16 sept. 1976, genoemd in Schmerzensgeld Betrage, S. Hacks, A. Ring, P. Böhm, een uitgave van ADAC-Verlag (de Westduitse ANBW; vergelijkbaar met de Nederlandse Smartegeld-tabellen), 1982: de rechter overwoog dat smartegeld in dit soort van gevallen slechts een ‘symbolhaften Wiedergutmachung’ is, omdat het vierjarig jongetje om wie het ging ‘gehindert ist, den Zusammenhang einer Geldentschädigung mit seinen Leiden zu erfassen; daher wurde das Schmerzensgeld niedrig bemessen’. Nadien is het BGH m.i. een andere richting ingeslagen, 22 juni 1982, VersR. 1982, p. 880. Over de smartegeldvordering van een psychisch gestoord slachtoffer, dat zich zijn situatie niet bewust is, oordeelde het BGH im Hinblick auf die sogenannte Ausgleichsfunktion: ‘Die Zubilligung eines hohen Kapitalbetrags kann dazu nichts beitragen, wenn der Verletzte gerade solche Beeinträchtigung nicht empfindet und wahrnimmt. Kann er darüber hinaus mit einer hohen Entschädigung nichts Sinnvolles anfangen und können auch andere ihm damit seine Leiden letztlich nicht erleichtern, läuft die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes leer.’

77a. Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 15 nov. 1974, VR 1975, 106 (p. 279).

78. HR. 30 juni 1978, NJ 1978, 685 (Ebele Dillema I).

79. W.C.L. van der Grinten onder HR 15 nov. 1985, NJ 1986, 228 (Ebele Dillema II).

80. Aldus ook A.G. Castermans, TPR (Belgie) 1987, p. 926.

81. Hiervóór p. 11.

Een vrachtauto rijdt in op een auto waarin drie kinderen zitten van 7, 4 en 2 jaar oud. De Kantonrechter Apeldoorn overweegt 'dat het een wonder mag heten, dat de kinderen er nog betrekkelijk zo goed zijn afgekomen, ofschoon zij ernstige pijn hebben geleden, en tot op heden nog met littekens in gezicht en elders rondlopen . . .'

Toch meent de Kantonrechter dat de gevorderde f 250 aan smartegeld voor elk van de drie kinderen niet toegewezen hoort te worden:

'dat Wij willen aannemen, dat de kinderen . . . veel pijn hebben geleden, en nog met littekens rondlopen;

dat deze kinderen evenwel nog erg jong zijn, te weten 7, 4 en 2 jaar oud, en deze pijn toch ook weer betrekkelijk gauw vergeten zullen zijn door hun jeugdige leeftijd, terwijl Wij aannemen, dat na zekere tijd de littekens wel geheel, althans nagenoeg geheel verdwenen zullen zijn, temeer, omdat zij nog zo jong zijn'⁸²;

We moeten hier onderscheid maken tussen de pijn en de littekens. Ongetwijfeld lijden heel jonge kinderen pijn, in dit geval zelfs veel pijn. De Kantonrechter gaat van dat feit uit, maar overweegt dan vervolgens dat de kinderen deze pijn ook weer betrekkelijk gauw vergeten juist door hun jeugdige leeftijd. Dat lijkt mij een vreemde redenering: zij leidt onontkoombaar tot de conclusie dat 'ouderen' kleinzeriger zijn dan kinderen. Neen, als men meent dat heel jonge kinderen geen recht op smartegeld horen te hebben dan lijkt het mij beter de redenering te volgen dat heel jonge kinderen zich weliswaar de pijn bewust zijn, maar daarentegen niet de vreugde die hun met behulp van het smartegeld kan worden verschaft.⁸³ Voor die ervaring zijn zij te jong. Ik zou wel voelen voor zo'n oplossing, ofschoon ik mij wel afvraag of zij nog opgaat voor een kind van 4 jaar. Zeker geldt zij niet meer voor een kind van 7. Dat kind is vast en zeker ontvankelijk voor de vreugde, ook al kent het wellicht niet de reden van de compensatie. Zo meende — anders dan zijn Apeldoornse collega — de Kantonrechter Hilversum in 1973 naar mijn oordeel terecht dat een kind van 7 bewust pijn kan ondervinden en het wekenlang in bed liggen als hinderlijk kan ervaren.⁸⁴ Bovendien — zo zou ik daaraan willen toevoegen — is het ontvankelijk voor de compensatie. En dus wordt terecht smartegeld toegekend.

Toch kan er reden zijn een jong kind minder smartegeld toe te kennen dan een ouder slachtoffer met vergelijkbare verwondingen. Immers het leed van het oudere slachtoffer kan zeer wel groter zijn. Om nog even het Engelse onderscheid in 'pain' en 'suffering' te hanteren⁸⁵: de te doorstane pijn zal wellicht gelijk zijn, maar het oudere slachtoffer zal zich misschien (veel meer) zorgen maken over het herstel en daardoor meer lijden. Ongetwijfeld heeft de rechter die over zo'n zaak moet oordelen voldoende aanknopingspunten om naar redelijkheid te beslissen.

In het geval van blijvende littekens is er natuurlijk geen enkele reden om heel jonge kinderen anders te behandelen dan alle andere slachtoffers. Datzelfde geldt voor de in de toekomst te derven levensvreugde:

82. Ktr. Apeldoorn 25 aug. 1971, VR 1973, 38.

83. Misschien in die zin Rb. Den Bosch 5 febr. 1954 (niet gepubliceerd) 'Van der Veen-tabellen' VR 1976, p. 143 (nr. 115): kind van 1 jaar, schade niet met geld goed te maken.

84. Ktr. Hilversum 17 okt. 1973 (niet gepubliceerd) 'Van der Veen-tabellen' VR 1976, p. 173 (nr. 291). Idem: Rb. Den Bosch 30 juni 1972, BR 1973, p. 814. Anders de Rb. Den Bosch 5 febr. 1954 (niet gepubliceerd) 'Van der Veen-tabellen' VR 1976, p. 143 (nr. 115); kind van 7 jaar.

85. Zie hiervóór p. 14.

Een jongetje van 2 jaar oud valt in een onafgedekte, niet omheinde en niet bewaakte kalkput op een niet afgesloten bouwterrein. Tegen de stucadoor die de put heeft aangelegd wordt een smartegeld van f 30 000 gevorderd. Het ventje houdt aan zijn val ernstig letsel over aan beide ogen. De Rechtbank Den Bosch wijst de vordering toe voor de geleden pijn en de gederfde en te derven levensvreugde. De nadruk zal naar alle waarschijnlijkheid wel op de nog te derven levensvreugde liggen.⁸⁶

Overeem⁸⁷ noemt deze zaak maar scheert haar naar mijn oordeel iets te gemakkelijk over een kam met andere gevallen, waarin hetzij een kind met een andere leeftijd het slachtoffer was, dan wel waarin een heel jong kind slechts tijdelijk pijn had geleden. Zijn stelling 'Ik meen dat er geen reden is aan kinderen geen smartegeld wegens geleden pijn toe te kennen' is me enerzijds dus te algemeen, want niet afhankelijk van de leeftijd van het kind, anderzijds is ze me te beperkt, want het gaat in de door hem aangehaalde jurisprudentie lang niet alleen om pijn (zie het kind in de kalkput) en tenslotte wordt zij niet of nauwelijks gemotiveerd. Het komt mij voor dat de meest redelijke resultaten worden bereikt door bij heel jonge kinderen per geval zorgvuldig te onderscheiden.

VI Vererving van een smartegeldvordering

Tot slot nog een complicatie

Smartegeld is hoogst persoonlijk, vindt iedereen. Het dient ter compensatie van het leed dat de verwonde heeft doorstaan of in de toekomst nog zal doorstaan. Hoogstpersoonlijk, maar dan het volgende geval. Professor Teesing wordt in het Militair Hospitaal onoordeelkundig behandeld door dokter Hack, als specialist werkzaam in het ziekenhuis.⁸⁸ Als gevolg daarvan is Teesing enkele maanden ernstig ziek. In die tijd schrijft hij aan de chef van het Militair Hospitaal een brief waarin hij kenbaar maakt naast alle onkosten (materiele schade) ook aanspraak te maken op smartegeld. Dan overlijdt hij, de nabestaanden achterlatend onder meer met de vraag hoe het met het smartegeld moet.

Is de vordering tot smartegeld overdraagbaar en zo ja vanaf welk moment?⁸⁹ De opvatting dat een smartegeldvordering *nimmer* overdraagbaar is, is misschien consequent maar wordt thans toch niet meer aangehangen.⁹⁰ En natuurlijk, als het smartegeld een-

86 Rb. Den Bosch 12 nov. 1971 en 30 juni 1972, BR 1973, p. 814 e.v. Aldus ook terecht de reeds eerder in dit artikel genoemde uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg Curaçao 15 jan. 1973, NJ 1973, 314. Zie ook bijv. Rb. Utrecht 12 mei 1976 (niet gepubliceerd) 'Van der Veen-tabellen' VR 1979, p. 135 (nr. 50), 3-jarige jongen met blijvende verwondingen. In deze tabellen, en in de nadien verschenen tabellen (VR 1982 en 1985) zijn diverse andere voorbeelden te vinden.

87 R. Overeem, Smartegeld, 1979, p. 31 e.v. Hij bespreekt ook het Belgische recht, p. 86 e.v.

88 Hof Amsterdam 7 jan. 1982, NJ 1985, 77 besproken door W. J. H. T. Dupont in Kwartaalbericht NBW 1985, p. 102 e.v.

89 Uitvoerig kwam deze vraag al aan de orde in het proefschrift van Greebe, 1935 (zie hiervoor noot 9), p. 56 e.v. Hij houdt het erop 'dat als de getroffene door het instellen eener actie zijne schade op een bepaald bedrag heeft gefixeerd of omtrent de betaling van dat bedrag met den werker van het leed eene regeling heeft getroffen, aan de erfgenamen het recht toekomt de aan gangen procedure voort te zetten of de nakoming der getroffen regeling te vorderen'. Zie ook hierna.

90 J. J. Vriesendorp, WPNR 1954, p. 3, 'gezien het rechtskarakter van het smartegeld – een compensatie voor hetgeen de gekwetste heeft geleden of nog zal lijden, *zonder dat dit zijn vermogen raakt* – en mede nogmaals in het oog vattend het strikt persoonlijke kenmerk van deze

maal in het vermogen van het slachtoffer is gevloeid en kort daarop overlijdt hij, dan behoort dat bedrag niet meer te worden teruggestort op de rekening van de laedens. Er is dan ook geen *vorderingsrecht* meer. Maar daarvóór, is er voordien geen moment aan te wijzen waarop de vordering overerfbaar wordt?

Ik zou menen dat zo'n moment is het sluiten van de *vaststellingsovereenkomst* (mutatis mutandis geldt hetzelfde voor een vonnis in kracht van gewijsde). Op dat moment wordt de omvang van de schadevergoeding vastgesteld. Overlijdt onmiddellijk daarna het slachtoffer, dan kan het geld hem weliswaar niet meer ten goede komen – hij is er niet langer ontvankelijk voor – maar dat doet niet meer ter zake. Het overlijden van het slachtoffer hoort tot de onzekerheden waar partijen door het sluiten van de overeenkomst nu juist vanaf wilden. Zou men anders willen, dan moet men kiezen voor een overeenkomst tot periodieke betaling. Daarvóór valt veel te zeggen, maar men neemt aan dat gedupeerden noch verzekeraars er veel voor voelen.⁹¹

Het nieuwe BW is soepeler: niet een vaststellingsovereenkomst maar een enkele *mededeling* van het slachtoffer is voldoende om de smartegeldvordering overerfbaar te maken (art. 6.1.9.11, lid 2). Zo is dus bepalend het moment waarop het slachtoffer *aanspraak* maakt op smartegeld. Maar het feit dat een voor vererving vatbare vordering ontstaat, betekent nog niet dat ook de hoegrootheid van de vordering vaststaat. Overlijdt het slachtoffer enige dagen nadat hij aanspraak op smartegeld maakte, dan zal naar mijn mening bij het bepalen van de omvang rekening gehouden moeten worden met dat vroegtijdige overlijden. In zoverre is er dus een cruciaal verschil met de hiervóór besproken vaststellingsovereenkomst. Voor vergoeding komt nu slechts in aanmerking het leed vanaf de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust tot aan het overlijden. In deze omvang gaat mijns inziens de vordering op de erfgenaam over.⁹²

Vóór die keuze die de wetgever (na lang aarzelen trouwens) maakt, valt veel te zeggen.⁹³ Met name in gevallen waarin het slachtoffer er slecht aan toe is, kan het voor de kwaadwillende verzekeraar financieel aantrekkelijk zijn in het onderhandelen te dralen, in de hoop dat het slachtoffer vroegtijdig zal overlijden. Maar daartegen valt ook iets aan te voeren. Want als men met mij van mening is dat voor het slagen van een vordering cruciaal is de ontvankelijkheid van het slachtoffer, dan kan het toch niet anders zijn dan dat de vordering van de erfgenamen van het slachtoffer moet worden afgewezen. Om de zaak-Teesting nog even voor ogen te halen: hem kan na zijn overlijden geen vreugde meer worden verschaft; op die grond behoort de vordering te worden afgewezen.

Anderzijds kan ik goed leven met de uitzondering op die 'ontvankelijkheidseis', zoals die in het nieuwe BW wordt gemaakt: bepalend is het moment van de mededeling. Aldus wordt voorkomen dat een kwaadwillende verzekeraar voordeel kan putten uit zich langzaam voortslepende onderhandelingen. Maar men realiseer zich wel, dat ook dán niet geheel kan worden voorkomen dat de verzekeraar belang kan hebben bij vertragingstac-

vordering (het leed van de gekwetste gaat toch ook niet op de erven over?)'. Zie voor een ruimere opvatting: het al genoemde Hof Amsterdam (zie hiervóór noot 88), Hof Arnhem 17 april 1984, *NJ* 1985, 78 eveneens besproken door Dupont. Zie ook J. van Duijvendijk-Brand over HR 3 jan. 1986, *NJ* 1987, 73 (EaAL), in *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1987, p. 622.

91. Een fervent tegenstander van schadevergoedingen ineens is Lord Denning: 'You can be quite sure that the award is wrong. It will turn out to be much too much or much too little. It cannot be right.' Lord Denning, *What next in the law*, London 1982, p. 141 e.v.

92. Aldus worden de scherpe kanten weggeslepen van het verschil tussen beide momenten, het sluiten van de overeenkomst en het moment dat de aanspraak kenbaar wordt gemaakt.

93. Parl. Gesch. Boek 6, p. 383.

tieken. Tenminste, als waar is dat met het ontstaan van de smartegeldvordering nog niet de omvang van die vordering gegeven is.

Ten slotte: heeft men werkelijk te maken met een chicanerende verzekeraar dan zou een oplossing kunnen zijn het vorderen van een voorschot op het smartegeld, desnoods in kort geding.⁹⁴

VII De drie belangrijkste uitkomsten

Het *bewusteloze slachtoffer* heeft geen recht op smartegeld zolang hij bewusteloos is. Hij is zich zijn verslechterde situatie waarschijnlijk niet bewust, maar van belang is: hij is niet ontvankelijk voor de vreugde die het smartegeld hem beoogt te verschaffen. In Engeland, in West-Duitsland, in Canada en in Frankrijk komen de rechterlijke colleges tot andere opvattingen, maar dogmatisch gezien komen ze daarbij onmiskenbaar in moeilijkheden. Kennelijk durven ze het niet aan om in deze trieste gevallen een beslissing te nemen die qua uitkomst dezelfde is als in die gevallen waarin het slachtoffer kwam te overlijden. Er bestaat nogal wat kritiek op deze uitspraken, naar mijn oordeel terecht. De meest opvallende onder de critici is de befaamde Engelse Pearson-commission die afschaffing van smartegeld in gevallen als deze bepleit. In de Nederlandse juridische literatuur heeft men zich slechts zeer terzijde met dit vraagstuk beziggehouden. Overeem is van oordeel dat ook de bewusteloze recht heeft op smartegeld; Knol, in zijn recente studiepocket, is terecht van mening dat die aanspraak niet bestaat. Ook de Rechtbank Den Haag kwam in 1968 op een andere grond tot het overigens juiste oordeel dat een sinds de onrechtmatige daad bewusteloze jongen, die vervolgens kwam te overlijden, geen recht heeft op smartegeld. Dat is ook de opvatting van het High Court of Australia en van de Belgische rechters, zij het ook op een andere grond dan ik bepleit.

Psychisch gestoorde hebben in de regel wél recht op smartegeld. Ook al zijn ze zich wellicht niet bewust van de hun verslechterde situatie, zij zijn nagenoeg altijd ontvankelijk voor de vreugde die hun met behulp van het smartegeld kan worden verschaft. En daar gaat het om. Onjuist is het om een slachtoffer dat geen besef heeft van zijn toestand, automatisch een lager bedrag aan smartegeld toe te kennen.

Heel jonge kinderen (1, 2 jaar) zullen zich veelal wel bewust zijn van de pijn die ze lijden, maar daarmee houdt hun smart wel op. Recht op smartegeld hebben ze naar mijn mening niet, omdat ze niet ontvankelijk zijn voor de vreugde die hen met behulp van het smartegeld wordt verschaft. Bij iets oudere kinderen verandert die situatie, ofschoon hun smart waarschijnlijk kleiner zal zijn dan bij oudere slachtoffers onder vergelijkbare omstandigheden. Voor zover het leed voortduurt tot op oudere leeftijd is er geen enkele reden het heel jonge kind zijn recht op smartegeld te ontfengen.

Zo moet het zijn en niet anders.

94. Van belang daarbij is de mate van waarschijnlijkheid dat de vordering in een bodemprocedure zal slagen. Daarop kan ik thans niet ingaan. Zie hierover onder meer HR 22 jan. 1982, *NJ* 1982, 505 (W.H.H.) en B.J. Asscher in de bundel *Onverwijld spoed*, Zwolle 1983, p. 44 e.v.